

Derecho del niño y adolescente

Delimitación del concepto del interés superior del niño, establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, para la resolución de casos de sustracción internacional de niños y adolescentes

Leticia Mercy Silva Chávez

1. Introducción

La sustracción internacional o retención ilícita de niños y adolescentes es un problema que viene aquejando a muchas familias en todo el mundo. Se origina, por un lado, en factores externos, como el fenómeno de la globalización —que trae consigo avances tecnológicos, movimientos migratorios, desarrollo en las relaciones internacionales de los países en los ámbitos económico, político, social y familiar—, la constitución de matrimonios mixtos, etc.; y, por otro lado, en factores internos que se presentan en la convivencia familiar y llevan a la desintegración de la familia debido a conflictos que nacen de las relaciones personales entre sus miembros. En esas circunstancias se produce la sustracción o retención ilegal de menores —que los saca del entorno habitual donde venían desarrollándose—, ya sea por uno de sus progenitores o por familiares cercanos a estos, sin que medie la autorización del otro progenitor o habiendo vencido esta, con lo que se afecta no solo el derecho del menor a permanecer en su entorno familiar, social, cultural, etc.,¹ sino también el derecho del progenitor, quien se ve privado de la interrelación que

1 Blanca Gómez Bengoechea (2002: 20) afirma que el mayor protagonismo de la mujer en la sociedad y, sobre todo, el mayor número de matrimonios mixtos favorecen la aparición de conflictos familiares.

debe mantener con su prole. La situación se agrava por posibles daños en el aspecto psicológico-emocional debido a la privación de los vínculos familiares, de amistad, etc.

2. La Convención sobre los Derechos del Niño

A fin de conocer el proceso evolutivo de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional (y retención ilícita) de Menores, debemos referir que la Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento jurídico que reconoce en forma integral los derechos de los niños y adolescentes como derechos humanos.

Su etapa de evolución se inicia en 1924, con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, instrumento que va a contener los principios básicos sobre el bienestar y protección de la infancia. En 1948, la Organización de las Naciones Unidas promulga la Carta Magna de los Derechos Humanos, estableciéndose como principio fundamental básico “la dignidad de las personas” y enfatizándose la importancia de la familia — como elemento natural y fundamental de la sociedad — y de su protección por la sociedad y el Estado.

Es en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que se establece que todo niño y adolescente tiene derecho a medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

Al no contarse con un catálogo de derechos de los niños, la Declaración del Niño del 20 de noviembre de 1959, que representaba solo la manifestación de principios generales de los derechos de los menores, orienta la formulación de un convenio que previera estos de manera específica. En noviembre de 1989 fue presentado el proyecto de la Convención, quedando abierto para la firma el 26 de enero de 1990. Este instrumento internacional representa la culminación de un proceso de *positivación de los derechos del niño*, anteriormente expresado en forma difusa en otros tratados y declaraciones internacionales. Asimismo, traslada el eje normativo a la promoción y protección de los derechos fundamentales de la infancia (Cabello y Aguilar s/f: 36), estableciendo como principio fundamental y prioritario el *interés superior del niño*. Al respecto, Daniel O'Donnell afirma que la “Convención amplía el alcance del interés superior del niño, a tenor del artículo 3, inspirando no solo a la legislación, sino a todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento jurídico internacional, es vinculante para todos los Estados ratificantes, quienes tienen la obligación de adecuar a su legislación interna sus preceptos jurídicos. Por un lado, sintetiza en un solo cuerpo legal los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales para asegurar la protección integral de los niños y adolescentes; y, por otro, prioriza la intervención de la familia y el Estado en cuanto a los menores, prefiriendo a la de la primera. A raíz de la Convención se crea el Comité de los Derechos del Niño, cuya función es evaluar los informes producidos por los Estados partes y formular, como ente técnico, las recomendaciones necesarias a fin de que se cumplan los principios contenidos en dicho instrumento.

3. La Convención de La Haya, relativa a la sustracción internacional de niños y adolescentes

La Convención de la Haya, relativa a la sustracción internacional de menores, fue adoptada en sesión plenaria el 25 de octubre de 1980, en la Decimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Su principal objetivo es el restablecimiento del *statu quo* mediante “la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos en forma ilícita en cualquier Estado contratante”.²

Este convenio parte de la premisa de que todo menor no debe ser considerado propiedad de sus progenitores, sino *sujeto con derechos*, con necesidades y deseos propios (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1979), por lo que deben ser respetados como tales, no pudiendo sus padres o responsables trasladarlos de un lugar a otro sin su consentimiento, a riesgo de afectar su desarrollo integral. Ello no implica que no se tengan presentes casos excepcionales, en los que se deberá proceder conforme a lo más favorable para el niño o adolescente, atendiendo a las causas justificatorias del traslado y que acertadamente se encuentran plasmadas en los artículos 13 y 20 de la Convención como excepciones a la restitución del menor,³ supuestos que tendrán que ver con el principio fundamental del *interés superior del menor*.

2 Artículo 1 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

3 Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El artículo 13.a reconoce que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido no están obligadas a ordenar el retorno del menor cuando el demandante, con anterioridad al traslado supuestamente ilícito, no ejercía de forma efectiva la custodia que ahora invoca, o cuando dio su conformidad luego de que se produjera la acción que ahora denuncia; situaciones que el Convenio no pretende proteger al existir, en el primer caso, un ejercicio efectivo de custodia y, en el segundo, la aceptación de una nueva situación creada del progenitor supuestamente desposeído. Los apartados 1.b y 2 del artículo 13 consagran excepciones basadas en el interés superior del niño, cuando la restitución implique un peligro físico o psíquico para el menor o lo coloque a este en una situación intolerable. Es importante anotar que en todos los supuestos la opinión del menor será de suma importancia, debiéndose evaluar su edad y grado de madurez.

La excepción del artículo 20 de la Convención, que admite la posibilidad de desestimar la demanda de retorno del menor, se basa en la formulación de una reserva sustentada en argumentos puramente jurídicos procedentes del derecho interno del Estado requerido, derecho que serviría para evaluar el título invocado del progenitor y por ende su legitimidad de obrar en la acción de restitución del menor (Pérez-Vela 1982).

Como se ha mencionado, la Convención tiene como objetivo principal la restitución del menor a su entorno habitual, con lo que se trata de evitar que el padre o madre que ha trasladado a un menor sin el consentimiento del otro progenitor pueda alterar la ley aplicable y logre crear vínculos artificiales de una competencia judicial que le sea favorable, obteniendo de esa manera la custodia de un menor, pese a existir otra resolución sobre la misma materia en el país requirente, por lo cual la Convención deja sin efecto cualquier resolución judicial que se emita en dicha circunstancia. Elisa Pérez-Vera (1982: 4) afirma que “las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor”.

4. Delimitación del principio del interés superior del niño en los casos individuales sobre sustracción internacional de menores

La Convención impone un nuevo enfoque de los derechos humanos aplicados a la infancia, reconociendo al menor como sujeto de derechos,

en contraposición a la doctrina tutelar o de la situación irregular que establecía la incapacidad jurídica del niño y no le reconocía derechos, sino que reconocía poderes-deberes a los adultos que debían protegerlo. Al respecto, Cillero Bruñol (1999: 33) afirma: “El niño es un sujeto de derechos especialísimo dotado de una protección complementaria, que se adiciona a las garantías que le corresponden como a toda persona”.

Según la doctrina de la protección integral del niño, el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes es progresivo debido a la evolución de sus facultades, siendo el deber de la familia y del Estado orientarlos en la adquisición de su autonomía; por consiguiente, se debe promover su desarrollo integral.

La Convención señala cuatro principios que constituyen el fundamento de los derechos que consagra: el de no discriminación (artículo 2), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6), el interés superior del niño (artículo 3) y el respeto a su opinión (incisos 1 y 2 del artículo 12).⁴ El principio del interés superior del niño debe entenderse como un principio jurídico garantista del derecho (artículo 10), por ende, como el interés concreto del menor; esto es, la plena satisfacción de sus derechos. Desde este enfoque, interés y derecho se identifican, siendo el interés del menor prioritario y fundamental para la familia, la sociedad y el Estado, por lo que su proyección debe estar enfocada en políticas públicas en su favor y en su aplicación por las autoridades administrativas y judiciales de cada Estado.

Como se aprecia, la Convención establece como principio rector y garantista de todo niño y adolescente el interés superior del niño; por ende, los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del menor es de suma importancia para todas las cuestiones relativas a su custodia”, mostrándose “deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita”.⁵ Al respecto, Gómez Bengoechea manifiesta: “La filosofía del Convenio podría definirse así: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés”, interés que objetivamente tiene su

4 Convención sobre los Derechos del Niño.

5 Preámbulo de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

manifestación en el derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona (Gómez Bengoechea 2002: 42). Con el mismo criterio, Espinar Vicente (1997: 33-35) refiere sobre el cambio brusco de residencia: “La alteración del lugar de residencia no favorece al niño cuando supone un cambio del entorno familiar y social en el que está estabilizado, de forma que, en principio, el menor no debería salir de ese entorno sin causas justificadas. Solo debe permitirse el cambio cuando quede garantizado que este favorece a su interés superior”. Esto último se refiere a las excepciones de la Convención, establecidas en los artículos 13 y 20 de su texto.

Como se percibe, el Convenio es un instrumento destinado a aportar una solución urgente y provisional, toda vez que no resuelve sobre el fondo de los derechos de custodia y visita. Así también, es de cooperación, semiabierta, porque cualquier Estado puede adherirse y surtirá efecto sólo con los Estados adheridos. Para la aplicación de este instrumento se establece una intervención mixta, pues la acción estará dirigida por la Autoridad Central de cada Estado contratante —que en nuestro país se encuentra representada por la Gerencia de Promoción de la Niñez y Adolescencia del Míndes— o por el particular con interés para obrar. En todos los casos, será la Autoridad Central la obligada a organizar la cooperación deseada para conseguir la restitución del menor, procurando un acuerdo amistoso entre las partes. De no ser posible en sede administrativa una solución urgente, se recurrirá a la correspondiente sede judicial.

5. Procedimiento que deben seguir los Estados partes en los casos de sustracción internacional de menores

En el proceso sirve de regla la interpretación sistemática de las disposiciones que emanan del Convenio, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño porque así se asegura la debida protección de estos, como el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño. Es importante acotar que el Convenio facilita la resolución de conflictos entre derechos, estableciendo un orden de prelación de un derecho sobre otro, para luego dejarla sujeta al “interés superior del niño” (Cillero Bruñol 1999) en los casos en que la norma procesal o sustantiva no pueda solucionar los conflictos existentes al aplicarse la norma pertinente al caso concreto, evitando la vulneración del interés del menor, entendiéndose este como la satisfacción de sus derechos integrados, por

lo que procede invocarlo en todos los casos que atañe a niños y adolescentes a fin de dar la protección integral que establece la Convención. Al respecto, Parke sugiere que el “interés superior del niño puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley; es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no exista norma expresa”. En la resolución de casos concretos es importante que en forma complementaria se tenga en cuenta el derecho de opinión de los niños y adolescentes, que se encuentra establecido en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En los casos de sustracción internacional de menores, los Estados partes, a través de sus autoridades administrativas o judiciales, tendrán que estar a lo más favorable al menor, atendiendo a su interés prioritario, esto es, a su restitución al país requirente por constituir este su residencia habitual, donde se ha venido desarrollando familiar y socialmente. Sin embargo, la aplicación de este principio requiere ser evaluada en cada caso concreto, pues supone un análisis previo frente al conflicto de intereses que se presenta.

Como principio garantista, el interés superior del niño obliga a la administración de justicia a actuar en todo el proceso, limitando y orientando sus decisiones conforme al interés del menor. Para ello se requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y los que se pudieran afectar por la resolución de la autoridad administrativa, fiscal o judicial, debiéndose tomar la medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos afectados, considerándose primordial o a priori el derecho del menor. El artículo 3.1 de la Convención señala imperativamente el límite a la discrecionalidad de las autoridades que conozcan casos de menores sustraídos o retenidos ilegalmente.⁶

En estos casos, las autoridades competentes deberán enfocar la aplicación del principio mencionado evitando que el menor trasladado o retenido ilícitamente sufra un nuevo trauma. Para ello se evaluará la situación del menor conforme a la Convención, esto es, atendiendo a su interés superior.

6 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3. 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

6. Aplicación del interés superior del niño en la legislación peruana

En América Latina, los niños no estuvieron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos al abuso público, debido a la indiferencia de los órganos del Estado. Solo con la Convención sobre los Derechos del Niño los derechos de este se convierten en genuinos derechos, pudiéndolos oponer como límite y orientación tanto del actuar de sus padres como del Estado (Cillero Bruñol 1999).

La legislación peruana, en el artículo 4 de la Constitución, establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente...”, y precisa, en el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337), que “el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. Así, la norma interna recoge los principios básicos de la Convención.

En nuestro país, el principio del interés superior del niño se viene aplicando en los casos de sustracción internacional de menores, habiéndose recibido peticiones procedentes, sobre todo, de Argentina, España, Panamá, etc. En la mayoría de ellos se ha aplicado este principio garantista, restituyéndose al menor a su lugar de residencia habitual, previo dictado de las medidas de protección que el caso ameritaba (impedimento de salida del país requerido, mínimo formalismo de la Autoridad Central, comunicación y coordinación con las autoridades centrales, evaluaciones integrales en favor del menor, terapia psicológica a este, etc.). Salvo casos excepcionales, se ha opinado y sentenciado por la no restitución, atendándose también al “interés superior del menor”, conforme al artículo 13 y 20 de la Convención (menores víctimas de violencia intrafamiliar física, psicológica y/o sexual), debido a su oposición (opinión) o arraigo en el país requerido (permanencia por más de tres años).

La acción que se interpone deberá contar con los requisitos establecidos en nuestro Código Procesal Civil, siguiéndose el proceso único y procediéndose en la etapa de conciliación a proponer como fórmula que el padre o madre requerido (sustractor) restituya al menor trasladado o retenido ilegalmente a su residencia habitual, de forma voluntaria. De no prosperar esta medida, previo dictamen fiscal, se emitirá sentencia, pudiendo declararse fundada la restitución, disponiéndose el retorno inmediato del menor al país requirente y dictándose las medidas de

protección que el caso amerite. De existir excepciones justificables para el no retorno, ellas se evaluarán. De acreditarse con medios probatorios idóneos que el menor corre riesgo al ser restituido a su país de residencia habitual, se declarará infundada la demanda. En uno y otro supuesto se deberá tener en cuenta la opinión libre y sin ninguna manipulación de los menores involucrados, para lo cual se cuenta con peritos especializados a fin de que puedan establecer si existe o no alguna forma de alineación parental del padre o madre que ha sustraído al menor.

Al resolver el caso, las autoridades administrativas, fiscales y judiciales deberán atender al principio rector garantista del interés superior del menor, estando a lo que es más beneficioso para este, conforme lo establecen la Convención sobre los Derechos del Niño y los tratados internacionales sobre la materia.

Bibliografía

- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1979). 31 Sesión ordinaria. Recomendación relativa a una Carta Europea de los Derechos del Niño. Estrasburgo.
- Cabello Matamala, Carmen y Benjamín Aguilar Llanos (s/f). "Derecho de la infancia". Apuntes recogidos por la Academia de la Magistratura del Perú. Lima.
- Cillero Bruñol, Miguel (1999). "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", en *Derecho a tener derecho*. Tomo IV. Santiago de Chile.
- Espinar Vicente, J.M. (1997). "Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980". *Actualidad Civil* 2.
- Gómez Bengoechea, Blanca (2002). *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. Madrid: Dykinson.
- Pérez-Vela, Elisa (1982). "Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores". La Haya: HCCH.